

Rechtsanwälte Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA / Thomas Krebs MM, München

Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld – Überblick unter Berücksichtigung des Konjunkturpakets II

I. Einleitung

Die Auswirkungen der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise sind in aller Munde und inzwischen auch im betrieblichen Umfeld unübersehbar: Drastische Auftragseinbrüche, Anordnung von Überstundenabbau und Betriebsferien bis hin zu betriebsbedingten Kündigungen prägen die Diskussion in den Unternehmen, in der Politik¹ und in den Medien². Insbesondere die Kurzarbeit, bisher eine wenig genutzte Möglichkeit, die Personalkosten zu reduzieren, erlebt einen regelrechten Boom³. Mit Verabschiedung des Konjunkturpakets II⁴ unterstützt die Bundesregierung diese Entwicklung mit dem Ziel, übereilte Entlassungen zu vermeiden.

II. Kurzarbeit – Eine Begriffsbestimmung

Unter Kurzarbeit wird allgemein eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit mit der Folge einer entsprechenden Entgeltkürzung verstanden⁵. Dabei ist es unerheblich, in welchem Umfang die Arbeit verkürzt wird. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob dies bei allen oder nur einem Teil der Belegschaft erfolgt (organisatorisch abgrenzbare Teile eines Betriebs), ob völlige Nichtarbeit oder nur eine geringe Reduktion der Arbeitszeit angeordnet wird⁶.

Betriebswirtschaftlicher Zweck der Kurzarbeit ist eine vorübergehende, jedoch keine dauernde wirtschaftliche Entlastung des Betriebs durch Senkung der Personalkosten unter gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze⁷. Die Beibehaltung der betrieblichen Beschäftigungsstruktur, die Kostenersparnis bei Fortbestand der Arbeitsverhältnisse gegenüber Entlassungen und später wieder notwendigen Einstellungen sowie Einarbeitung und Qualifizierung von neuen Mitarbeitern, die zeitnahe Anpassung an Produktionsschwankungen, die Vermeidung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten, die Möglichkeit einer kurzfristigen Rückkehr zur Vollarbeit und die Beibehaltung von Konkurrenzfähigkeit sind weitere Argumente für die Einführung von Kurzarbeit.

III. Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit

Die Kurzarbeit verkürzt die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit und greift damit in einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses ein. Aufgrund dessen ist der Arbeitgeber zur einseitigen Einführung von Kurzarbeit nicht berechtigt⁸. Vielmehr bedarf die Einführung von Kurzarbeit einer Rechtsgrundlage, die sich aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Regelung ergeben kann. Besteht ein Betriebsrat, so unterliegt die Einführung der Kurzarbeit – im Gegensatz zur vorzeitigen Wiederherstellung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach Einführung von Kurzarbeit⁹ – stets auch der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG¹⁰.

1. Tarifvertrag

Den Tarifvertragsparteien ist es grundsätzlich möglich, die Einführung und die Voraussetzungen der Kurzarbeit zu regeln¹¹. Tarifverträge, die Kurzarbeit erlauben, müssen jedoch deren Voraussetzungen und Bedingungen konkret festlegen. Andernfalls droht die Unwirksamkeit der Regelung aufgrund Umgehung des Kündigungsschutzes¹². Dabei sind die Gestaltungsmöglichkeiten tarifvertraglicher Regelungen vielfältig: Neben der Vereinbarung

von Ankündigungsfristen und der Verpflichtung des Arbeitgebers, das Kurzarbeitergeld aufzustocken, sind auch Abreden über den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen während und nach Beendigung der Kurzarbeit denkbar¹¹. Beachtet der Arbeitgeber, auch in Absprache mit dem Betriebsrat, vereinbarte Ankündigungsfristen nicht, erfolgt die Einführung der Kurzarbeit insoweit rechtswidrig¹³. Der Arbeitgeber ist dann für den Zeitraum der Ankündigungsfrist zur Zahlung von Verzugslohn gem. § 615 BGB verpflichtet.

2. Betriebsvereinbarung

Dient eine Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit, so stellt sich die Frage nach den inhaltlichen Anforderungen. Teilweise wird angenommen, dass eine abstrakte Einigung auf Kurzarbeit ausreichend sei und die inhaltliche Ausgestaltung zu gegebener Zeit formlos durch die Betriebsparteien erfolgen könne¹⁴. Dem wird entgegen gehalten, dass eine solche Vereinbarung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoße und folglich Beginn und Dauer der Kurzarbeit, Lage und Verteilung der verbleibenden Arbeitszeit sowie die Festlegung des betroffenen Personenkreises unabdingbar vereinbart werden müssen¹⁵. Es empfiehlt sich zur Vermeidung von rechtlichen Risiken, eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit hinsichtlich dieser Kriterien konkret auszugestalten.

Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA ist Partnerin der HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München, Fachanwältin für Arbeitsrecht sowie für Handels- und Gesellschaftsrecht und Professorin an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg. **Thomas Krebs MM** ist Rechtsanwalt der HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München.

- 1... Vgl. z. B.: <http://www.stern.de/politik/deutschland/Interview-Arbeitsminister-Scholz-Was-Kurzarbeit/656904.html> (abgerufen am 16. 4. 2009).
- 2... Z. B.: <http://www.br-online.de/aktuell/siemens-kurzarbeit-wirtschaftskrise-ID1238136749852.xml> (abgerufen am 16. 4. 2009).
- 3... Allein im März 2009 verzeichnete die Bundesagentur für Arbeit 670.040 neue Anzeigen für Kurzarbeit. Damit stieg die Zahl der Kurzarbeitergeldempfänger auf insgesamt 2,15 Millionen an. Vgl. hierzu: <http://www.zeit.de/news/artikel/2009/04/06/2767877.xml> (abgerufen am 16. 4. 2009).
- 4... Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität vom 2. 3. 2009, BGBl. I S. 416 ff.
- 5... *Kreitner*, in: Küttner, Personaltaschenbuch 2008, 15. Aufl., Kurzarbeit, Rdn. 1; *Bieback*, in: Gagel, Kommentar zum SGB III, 33. Ergänzungslieferung, 2008, § 169, Rdn. 124.
- 6... *Bieback*, a.a.O. (Fn. 5).
- 7... *Kreitner*, a.a.O. (Fn. 5).
- 8... *Kreitner*, a.a.O. (Fn. 5), Rdn. 2.
- 9... BAG vom 21. 11. 1978 – 1 ABR 67/76, DB 1979 S. 655 = NJW 1979 S. 1847; a. A.: *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 87, Rdn. 151.
- 10... Das Mitbestimmungsrecht entfällt allenfalls dann, wenn der Tarifvertrag alle mitbestimmungspflichtigen Fragen abschließend geklärt hat. Vgl. hierzu *Fitting*, a.a.O. (Fn. 9), Rdn. 158.
- 11... *Hensche*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., § 1, Rdn. 530.
- 12... BAG vom 27. 1. 1994 – 6 AZR 541/93, DB 1995 S. 279; vom 18. 10. 1994 – 1 AZR 503/93, DB 1995 S. 2618.
- 13... BAG vom 12. 10. 1994 – 7 AZR 398/93, DB 1995 S. 734.
- 14... LAG Brandenburg vom 10. 8. 1994 – 5 Sa 286/94; LAG Thüringen vom 7. 10. 1999 – 2 Sa 404/98.
- 15... LAG Baden-Württemberg vom 25. 11. 2005 – 20 Sa 112/04; LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 20. 7. 2006 – 1 Sa 34/06.

Kann zwischen den Betriebsparteien keine Einigung erzielt werden, so kann der Arbeitgeber die Einigungsstelle für eine bindende Entscheidung gem. § 87 Abs. 2 BetrVG anrufen. Sollte allerdings eine kurzfristige Einführung von Kurzarbeit anstehen, so wird der Weg über die Einigungsstelle aus zeitlichen Gründen faktisch ausgeschlossen sein.

3. Arbeitsvertragliche Regelung

Schließlich kann die Einführung von Kurzarbeit durch arbeitsvertragliche Regelungen gerechtfertigt sein.

Eine entsprechende Vertragsregelung könnte wie folgt lauten¹⁶:

„Bei Einführung von Kurzarbeit ist der Mitarbeiter damit einverstanden, dass seine Arbeitszeit vorübergehend verkürzt und für die Dauer der Arbeitszeitverkürzung das Gehalt entsprechend reduziert wird, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Der Arbeitgeber/Die Gesellschaft hat bei der Anordnung von Kurzarbeit gegenüber dem Mitarbeiter eine Ankündigungsfrist von [Anzahl] Wochen einzuhalten.“

Soweit im Hinblick auf § 307 Abs. 1 BGB rechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung deswegen bestehen, weil damit der Arbeitgeber zur einseitigen Änderung wesentlicher Bestandteile des Arbeitsverhältnisses (Arbeitszeit und Vergütung) ermächtigt wird¹⁷, ist zu berücksichtigen, dass Kurzarbeit vom Gesetz ausdrücklich zugelassen ist und durch Zahlung von Kurzarbeitergeld staatlich gefördert wird. Folglich kann eine entsprechende Regelung dann nicht unwirksam sein, wenn der Arbeitgeber die Einführung der Kurzarbeit von den gesetzlichen Voraussetzungen des Bezugs von Kurzarbeitergeld abhängig macht. Ist zudem eine Ankündigungsfrist (zwei bis vier Wochen) vorgesehen, spricht dies ergänzend für die Angemessenheit und somit für die Wirksamkeit einer solchen Klausel¹⁸.

4. Sondervertragliche Regelung

Da sich in der Praxis in den Arbeitsverträgen regelmäßig keine Ermächtigungsklauseln zur Einführung von Kurzarbeit finden, ist häufig das individuelle Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer für diese konkrete Maßnahme erforderlich. Organisatorisch problematisch, rechtlich jedoch eindeutig sind insoweit ausdrückliche vertragliche Regelungen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine arbeitgeberseitige Anordnung mit entsprechender Genehmigung der Kurzarbeit durch die Agentur für Arbeit eine hinreichende Rechtsgrundlage bildet, wenn diese von den Arbeitnehmern widerspruchlos hingenommen wird. Inwieweit damit eine wirksame konkludente Vertragsänderung bewirkt wird, ist umstritten und daher rechtlich riskant¹⁹.

5. Änderungskündigung

Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung mit den betroffenen Arbeitnehmern oder wird eine solche verweigert, ist die Einführung von Kurzarbeit nur noch durch Änderungskündigung – Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses verbunden mit dem Angebot eines neuen Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen – möglich²⁰. Betroffene Arbeitnehmer haben dann die Möglichkeit, das Angebot des Arbeitgebers unter dem Vorbehalt anzunehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist, § 2 KSchG.

Der Arbeitgeber geht dabei das Risiko ein, dass die Arbeitnehmer das so „unterbreitete“ Angebot auf Weiterarbeit mit verkürzter Arbeitszeit ablehnen und es damit zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse kommt²¹. Sowohl in diesem Fall, als auch bei einer vorbehaltlichen Annahme der geänderten Arbeitsbedingungen, kann es zu – kostspieligen und rechtlich möglicherweise problematischen – Kündigungsschutzverfahren kommen²². Denn der Arbeitnehmer muss nur solche Änderungen als sozial ge-

rechtfertigt hinnehmen, die aufgrund eines aner kennenswerten Anlasses erfolgen²³. Inwieweit dies bei – zukünftigen – negativen wirtschaftlichen Entwicklungen der Fall ist, bedarf jeweils einer Einzelfallbetrachtung. In jedem Fall muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Änderungskündigung prüfen, ob und inwieweit ihm mildere Mittel zur Verfügung stehen, um Auftragsrückgänge oder andere wirtschaftliche Nachteile zu kompensieren. Diese können beispielsweise sein: Abfeiern von Überstunden, Anordnung von Betriebsferien, flexible Arbeitszeitgestaltung etc. Die beabsichtigte Einführung von Kurzarbeit sollte daher vorzugsweise nur befristet vorgenommen sowie auf das tatsächlich Notwendige beschränkt werden²⁴.

Hinzu kommt die Problematik, dass auch im Fall von Änderungskündigungen eine Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG besteht²⁵. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige über Entlassungen einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erstatten. Kommt der Arbeitgeber dieser Anzeigepflicht nicht nach, so sind die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam und daher von den betroffenen Arbeitnehmern mit guten Erfolgsaussichten gerichtlich angreifbar²⁶.

IV. Kurzarbeitergeld

Wurde Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam eingeführt, haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,
2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,
3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und
4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist, § 169 Satz 1 SGB III.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so wird für eine gewisse Dauer das Kurzarbeitergeld unter Beachtung der maßgeblichen sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtlichen Regelungen gewährt.

1. Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall

Ein erheblicher Arbeitsausfall liegt dann vor, wenn dieser

- a) wirtschaftliche Gründe hat oder auf ein unabwendbares Ereignis zurückzuführen,
- b) vorübergehend und
- c) unvermeidbar ist sowie
- d) im jeweiligen Kalendermonat ein Entgeltausfall von mehr als 10% des monatlichen Bruttoentgelts für mindestens ein Drittel der im Betrieb Beschäftigten (Drittelregelung) vorliegt, § 170 Abs. 1 SGB III.

16... Vgl. hierzu auch *Bauer/Günther*, BB 2009 S. 662 (665).

17... Vgl. hierzu auch *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., II A 90, Rdn. 79.

18... *Bauer/Günther*, BB 2009 S. 662 (665).

19... Für eine konkludente Vertragsänderung: LAG Düsseldorf vom 14. 10. 1994 – 10 Sa 1194/94, DB 1995 S. 682; *Kreitner*, a.a.O. (Fn. 5), Rdn. 5. Gegen eine konkludente Vertragsänderung, da es an einem Angebot des Arbeitgebers fehlt bzw. die Vorschriften des Nachweisgesetzes nicht eingehalten sind: *Bieback*, a.a.O. (Fn. 5), Rdn. 134. Allerdings keine Sanktion bei Nichtbeachtung des Nachweisgesetzes: BAG vom 5. 11. 2003 – 5 AZR 676/02, NZA 2005 S. 64.

20... BAG vom 14. 2. 1991 – 2 AZR 415/90, DB 1991 S. 1990.

21... *Bieback*, a.a.O. (Fn. 5), Rdn. 137.

22... *Cohnen/Röger*, BB 2009 S. 46 (47).

23... *Eisemann*, in: Küttner, Personalbuch 2008, 15. Aufl., Änderungskündigung, Rdn. 21.

24... *Bauer/Günther*, BB 2009 S. 662 (666).

25... *Kiel*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2009, § 17 KSchG, Rdn. 13.

26... BAG vom 23. 3. 2006 – 2 AZR 343/05, DB 2006 S. 1902.

a) Wirtschaftliche Gründe oder unabwendbares Ereignis

Wirtschaftliche Gründe können zum einen konjunkturelle Schwankungen²⁷, zum anderen aber auch betriebliche Strukturveränderungen sein, die durch eine allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt sind, § 170 Abs. 2 SGB III. Aufgrund der derzeitigen wirtschaftlichen Situation bezweifeln die Agenturen für Arbeit das Vorliegen entsprechender Gründe nur bei offensichtlich entgegenstehenden Hinweisen, auch wenn damit eine höhere Missbrauchsgefahr verbunden ist²⁸.

Wichtig ist, dass der Arbeitsausfall stets auf allgemeine wirtschaftliche Ursachen zurückführbar sein muss. Betriebspezifische und/oder betriebsinterne Ursachen, wie Modellwechsel oder Umorganisation, scheiden daher als wirtschaftliche Gründe i. S. des § 170 SGB III aus²⁹.

Ein unabwendbares Ereignis i. S. dieser Vorschrift liegt dann vor, wenn es objektiv feststellbar und auch durch eine äußerste, nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt nicht abzuwenden ist³⁰. Dies kann bei ungewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Unglücksfällen, wie Bränden, Explosionen, Epidemien, aber auch bei einem Verkehrsunfall des Betriebsleiters gegeben sein³¹.

b) Vorübergehender Arbeitsausfall

Der Arbeitsausfall ist nur dann vorübergehend, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit der Übergang bzw. die Rückkehr zur Vollarbeit möglich erscheint. Aufgrund des seit dem 1. 1. 2009 für das Kurzarbeitergeld geltenden Bezugszeitraums von längstens 18 Monaten wird ein entsprechender Zeitraum noch als vorübergehend angesehen. Ein geringfügiges Überschreiten der Bezugsfrist kann unter Umständen ebenfalls noch als vorübergehend eingestuft werden³².

Gelangt die zuständige Agentur für Arbeit zu der Auffassung, dass kein vorübergehender Arbeitsausfall vorliegt, so wird Kurzarbeitergeld auch nicht anteilig, z. B. für einen gewissen Zeitraum des Arbeitsausfalls, gewährt.

c) Unvermeidbarer Arbeitsausfall

Der Arbeitsausfall muss weiterhin unvermeidbar sein. Vermeidbar ist ein solcher z. B. dann, wenn die Anordnung der Kurzarbeit durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, § 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Wurde der Urlaub jedoch mittels einer Urlaubsliste, eines Urlaubsplans oder durch Betriebsferien auf einen Zeitraum festgelegt, der von der Kurzarbeit erfasst wird, und soll von der vorgesehenen Urlaubsplanung nur wegen der Kurzarbeit abgewichen werden, liegt ein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor³³.

Das Gleiche gilt, wenn zulässige Arbeitszeitschwankungen im Betrieb genutzt werden können, § 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III. So kann der Arbeitgeber z. B. angehalten sein, mit der Bildung von Arbeitszeitkonten die Arbeitszeit zu flexibilisieren. Aber auch die Umsetzung von Arbeitnehmern, die Anordnung von Aufräum- und Instandhaltungsarbeiten sowie Arbeit auf Lager können wirtschaftlich zumutbare Gegenmaßnahmen zur Vermeidung eines Arbeitsausfalls darstellen. Es müssen vom Arbeitgeber eben alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen werden, um den Arbeitsausfall zu verhindern³⁴.

Arbeitszeitguthaben müssen dann nicht angegriffen werden, wenn diese ausschließlich für eine vorzeitige Freistellung vor einer altersbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmt sind (Altersteilzeit), länger als ein Jahr unverändert bestehen oder 10% der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit übersteigen, § 170 Abs. 4 Satz 3 SGB III. Zeitgut-

haben bis zur Höhe von 10% der geschuldeten Jahresarbeitszeit sind stets einzubringen³⁵, sofern nicht der einjährige Bestandsschutz greift. Negative Arbeitszeitguthaben als Folge verkürzter Arbeitszeiten müssen allerdings nicht gebildet werden. Auch dies wurde durch das Konjunkturpaket II beschlossen.

In Zeitarbeitsunternehmen ist aufgrund der Besonderheiten der Branche (wiederkehrende Nichteinsatzzeiten, Entgeltanspruch für Nichteinsatzzeiten) zu prüfen, inwieweit ein Arbeitsausfall als nicht branchenüblich anzusehen oder dem Betriebsrisiko zuzuordnen ist, § 170 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB III. Im Rahmen des Konjunkturpakets II wurde § 11 Abs. 4 AÜG dahingehend ergänzt, dass bis zum 31. 12. 2010 durch Vereinbarung zwischen Verleiher und Arbeitnehmer der Vergütungsanspruch für Zeiten der Kurzarbeit aufgehoben werden kann. Des Weiteren werden Zeitarbeitnehmer mit Arbeitnehmern anderer Branchen gleichgestellt. Infolge dessen kann Kurzarbeitergeld auch für zeitweise Arbeitsausfälle beim Entleiher gewährt werden, um den Abbau von Arbeitsplätzen in der Zeitarbeitsbranche bei vorübergehenden Auftragseinbrüchen zu vermeiden. Leiharbeitnehmer müssen demnach nicht mehr vorrangig entlassen werden, um Kurzarbeitergeld für die Stammebelegschaft zu erhalten.

d) Mindestumfang des Arbeitsausfalls

Des Weiteren liegt ein erheblicher Arbeitsausfall nur dann vor, wenn im Anspruchszeitraum mindestens ein Drittel der in dem Betrieb/der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von durchschnittlich mehr als 10% des monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind, § 170 Abs. 1 Nr. 4 SGB III. Durch das Konjunkturpaket II wurde die Drittelregelung jedoch bis 31. 12. 2010 ausgesetzt. Folglich genügt derzeit ein Entgeltausfall von mehr als 10%, sodass auch für einen einzelnen Arbeitnehmer nunmehr Kurzarbeitergeld beantragt werden kann. Die Agenturen für Arbeit sind dazu angehalten, Anzeigen über Arbeitsausfall, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts wegen der Drittelregelung abgelehnt wurden, unter den erleichterten Voraussetzungen erneut zu prüfen.

2. Betriebliche Voraussetzungen

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld setzt die Beschäftigung mindestens eines sozialversicherungspflichtigen³⁶ Arbeitnehmers in einem Betrieb oder einem Betriebsteil voraus, § 171 SGB III. Größe und Rechtsform des Unternehmens spielen dabei ebenso wenig eine Rolle, wie eine besondere erwerbs- oder produktionswirtschaftliche Zweckrichtung des Unternehmens³⁷. Ein Betriebsteil liegt bei einer gewissen, vor allem personalpolitischen Selbstständigkeit, einem eigenen Arbeitszweck und einer eigenen organisatorischen Leitung vor³⁸. Ob solch ein Betriebs-

27... BT-Drucks. V/2291 S. 70 zu § 59 Abs. 1 Nr. 1; BT-Drucks. V/4110 S. 13.

28... *El-Sharif*, Gute Zeiten für Trittbrettfahrer, ZEIT ONLINE, Tagespiegel, 16. 3. 2009 = <http://www.zeit.de/online/2009/12/kurzarbeit-unternehmen-arbeitslosigkeit> (abgerufen am 16. 4. 2009).

29... *Bieback*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 1. 3. 2009, § 170 SGB III, Rdn. 2.

30... BT-Drucks. V/2291 S. 70 zu § 59 Nr. 1.

31... *Bieback*, a.a.O. (Fn. 29), Rdn. 10 ff.

32... BSG vom 17. 5. 1983 – 7 RAr 13/82, AuB 1984 S. 124.

33... Bundesagentur für Arbeit, Kurzarbeitergeld – Informationen für Arbeitgeber und Betriebsvertretungen, Sonderausgabe, S. 10, abrufbar unter: <http://www.arbeitsagentur.de>.

34... *Steinau-Steinrück/Mosch*, NJW-Spezial 2009 S. 18.

35... Bundesagentur für Arbeit, a.a.O. (Fn. 33), S. 12.

36... *Bieback*, a.a.O. (Fn. 5), § 171, Rdn. 18.

37... *Voelzke*, in: Küttner, Personalbuch 2008, 15. Aufl., Kurzarbeit, Rdn. 37; BSG vom 30. 5. 1978 – 7/12 RAr 100/76, SozR 4100 § 63 Nr. 1.

38... *Bieback*, a.a.O. (Fn. 5), § 171, Rdn. 21.

teil vom (Haupt-)Betrieb räumlich getrennt sein muss, ist unstritten. Dies dürfte jedoch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts³⁹ und nach Auskünften der Agenturen für Arbeit für die Gewährung von Kurzarbeitergeld notwendig sein⁴⁰. Nachdem durch das Konjunkturpaket II die Drittelregelung aber bis zum 31. 12. 2010 ausgesetzt wurde (siehe hierzu III. 1. d)), hat die Bildung von Betriebsteilen derzeit keine praktische Relevanz; die Anzahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer hat keine Auswirkung mehr auf den einzelnen Kurzarbeitergeldbezieher.

3. Persönliche Voraussetzungen

Die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld sind erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt, somit ein ungekündigtes, nicht aufgehobenes Arbeitsverhältnis vorliegt und der Arbeitnehmer nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist, § 172 Abs. 1 SGB III. Vom Kurzarbeitergeld ausgeschlossene Arbeitnehmer sind solche, die an einer geförderten beruflichen Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen oder Krankengeld beziehen, § 172 Abs. 2 SGB III.

Die Agentur für Arbeit kann Bezieher von Kurzarbeitergeld in andere zumutbare Arbeitsverhältnisse, wie Zweit- oder Dauerarbeitsverhältnisse vermitteln, § 172 Abs. 3 SGB III. Insoweit sieht § 172 Abs. 3 Satz 3 SGB III die uneingeschränkte Verfügbarkeit des Kurzarbeitergeldempfängers bei dem Angebot einer zumutbaren Arbeit vor⁴¹. Wird ein solches Arbeitsangebot abgelehnt, ist in entsprechender Anwendung des § 144 Abs. 1 SGB III für das Kurzarbeitergeld eine Sperrzeit von 12 Wochen zu verhängen.

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht auch für befristet beschäftigte Arbeitnehmer. Dabei kommt es auf die verbleibende Dauer der Befristung nicht an. Die Verlängerung einer befristeten Beschäftigung während der Kurzarbeiterzeit ist jederzeit möglich, da in diesem Fall ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fortgesetzt wird, § 172 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a SGB III.

4. Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit

Der Arbeitsausfall ist der Agentur für Arbeit schriftlich anzuzeigen, § 173 Abs. 1 Satz 1 SGB III. Zuständig ist die Agentur für Arbeit, die sich am Betriebssitz des Antragsstellers befindet. Anträge auf Kurzarbeitergeld, die mehrere Agenturen für Arbeit betreffen, sollen nach den Regelungen des Konjunkturpakets II von einer Agentur für Arbeit federführend bearbeitet werden.

Der Arbeitgeber hat die Voraussetzungen für den Anspruch durch Angaben zur Auftragslage, Urlaubsgewährung etc. glaubhaft zu machen⁴². Eine Stellungnahme des Betriebsrats ist der Anzeige beizufügen, § 173 Abs. 1 Satz 3 SGB III. Für die Wirksamkeit der Anzeige ist diese Stellungnahme jedoch unerheblich⁴³. Die Anzeige kann auch seitens der Betriebsvertretung erfolgen.

Zu beachten ist, dass der Antrag spätestens am letzten Tag des Monats, in dem die Kurzarbeit beginnt, bei der Agentur eingehen muss. Anderenfalls wird das Kurzarbeitergeld erst ab dem darauffolgenden Monat gewährt. Nachdem das Unterlassen der Anzeige zu Schadensersatzansprüchen der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber führen kann⁴⁴, dürfte ein solcher Anspruch der Arbeitnehmer auch im Fall einer vom Arbeitgeber verschuldeten Fristversäumnis bestehen. Die Übermittlung der Anzeige per Telefax oder einer eingescannten Anzeige per Email ist bei einigen Agenturen für Arbeit ausreichend.

5. Bezugsfrist

Das Kurzarbeitergeld wird für den Arbeitsausfall während der Bezugsfrist geleistet, § 177 SGB III. Es wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Die Regelbezugsfrist für das Kurzarbeitergeld beträgt maximal sechs Monate, § 177 Abs. 1 SGB III. Diese Frist bezieht sich nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer, sondern auf den Betrieb⁴⁵. Aufgrund der am 26. 11. 2008 erlassenen Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld⁴⁶ verlängert sich diese auf 18 Monate, wenn der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. 12. 2009 entstanden ist. Diese Verordnung ist am 1. 1. 2009 in Kraft getreten und gilt auch für Arbeitgeber, die vor dem 1. 1. 2009 mit Kurzarbeit beginnen mussten.

6. Höhe des Kurzarbeitergelds

Die Höhe des Kurzarbeitergelds orientiert sich an der Höhe des Arbeitslosengelds. Es beträgt gem. § 178 SGB III 67% (Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind) bzw. 60% (für alle übrigen Arbeitnehmer) der Nettoentgeltdifferenz. Die Nettoentgeltdifferenz berechnet sich dabei aus der Differenz zwischen dem pauschalierten Netto-Sollentgelt und dem pauschalierten Netto-Istentgelt. Die Festlegung der pauschalierten Nettoentgelte erfolgt durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, jeweils für die Dauer eines Kalenderjahres⁴⁷. Diese Festlegung ermöglicht, den jeweiligen Bruttoarbeitsentgelten das jeweilige pauschalierte Nettoentgelt zuzuordnen, um die Nettoentgeltdifferenz zu berechnen.

Das (Brutto-)Sollentgelt stellt dabei das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im Kalendermonat erzielt hätte, dar. Hierzu zählen das Bruttoarbeitsentgelt, vermögenswirksame Leistungen, Anwesenheitsprämien, Leistungs- und Erschwerniszulagen sowie Zulagen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, soweit diese steuer- und versicherungspflichtig sind. Entgelte für Mehrarbeit und einmalige Zulagen, wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld finden hingegen keine Berücksichtigung. Diese Zulagen müssen, genauso wie Einkommen aus Nebentätigkeiten, vielmehr bei der Berechnung des (Brutto-)Istentgelts herangezogen (addiert) werden und vermindern somit den Anspruch des Arbeitnehmers auf Kurzarbeitergeld. (Brutto-)Soll- und (Brutto-)Istentgelt werden dabei stets auf den nächsten durch 20 teilbaren Euro-Betrag gerundet, § 179 Abs. 1 Satz 5 SGB III. Bei der Feststellung der Bruttoentgelte werden diese außerdem nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze berücksichtigt⁴⁸.

Sichert der Arbeitgeber Aufstockungsleistungen zum Kurzarbeitergeld zu, mindern diese das Kurzarbeitergeld hingegen nicht, § 179 Abs. 2 Satz 2 SGB III. Ebenso wenig wirken sich kollektivrechtliche Vereinbarungen zur Beschäftigungssicherung negativ auf die Bemessung des Kurzarbeitergelds aus. Dies wurde im Rahmen des Konjunkturpakets II nochmals ausdrücklich bestätigt. Die Bemessung des Kurzarbeitergelds bemisst sich in diesen Fällen nach dem Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer

39... BSG vom 20. 1. 1982 – 10/8b RAR 9/80, SozR 4100 § 75 Nr. 9.

40... A. A.: Bieback, a.a.O. (Fn. 5), § 171, Rdn. 22.

41... Bieback, a.a.O. (Fn. 5), § 172, Rdn. 47.

42... Cohnen/Röger, BB 2009 S. 46 (51).

43... Bieback, a.a.O. (Fn. 5), § 173, Rdn. 43.

44... Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., § 611 BGB, Rdn. 662.

45... Bieback, a.a.O. (Fn. 5), § 177, Rdn. 15.

46... BGBl. I 2008 S. 2332.

47... Die aktuellen Werte sind zu finden unter: http://www.gesetze-im-internet.de/sgb3entgv_2009/BJNR278200008.html (abgerufen am 16. 4. 2009); BGBl. I 2008 S. 2783.

48... Verordnung der Bundesregierung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung 2009, BGBl. 2008 S. 2336.

ohne die Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung verdient hätte.

Um die Berechnung der Höhe des Kurzarbeitergelds zu erleichtern, stellt die Bundesagentur für Arbeit eine „Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergelds“⁴⁹ zur Verfügung, die die Leistungssätze i. H. von 67% bzw. 60% bereits berücksichtigt. Die Differenz der dort aufgeführten Leistungssätze stellt für den jeweiligen Kalendermonat das dem betroffenen Arbeitnehmer zustehende Kurzarbeitergeld dar. So ergibt sich zum Beispiel für einen Arbeitnehmer mit der Steuerklasse III und einem Kind bei einem Brutto-Sollarbeitsentgelt von 2.500 € und einem Brutto-Istentgelt von 1.500 € ein Kurzarbeitergeld i. H. von (1.232,02 €⁵⁰ – 793,95 €⁵¹ =) 438,07 €. Diesen Betrag erhält der Arbeitnehmer ohne weitere Abzüge zusätzlich zu seinem Gehalt (im Beispiel: 1.500 € brutto), welches im Gegensatz zum Kurzarbeitergeld nach Abzug der Sozialabgaben noch der Besteuerung unterliegt.

Entgeltansprüche von Leiharbeitnehmern werden derart bemessen, dass dasjenige Entgelt zugrunde zu legen ist, das der Arbeitnehmer beim Entleiher erzielt hat oder beim zeitweisen Einsatz in einem neuen Entleihbetrieb erzielen kann. Nur wenn der Leiharbeitnehmer über einen, drei Monate übersteigenden Zeitraum nicht verliehen war, ist das Kurzarbeitergeld auf der Basis des im Verleihbetrieb erzielten Entgelts zu bemessen⁵². Diese Rechtsauslegung ist auf § 179 Abs. 1 Satz 2 bzw. Abs. 4 SGB III gegründet. Im Endeffekt werden Leiharbeitnehmer damit rechtlich so gestellt wie Arbeitnehmer, die benachteiligt wären, weil sie von kollektivrechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarungen betroffen sind, § 421t Abs. 2 Nr. 3 SGB III n. F.

7. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Während des Bezugs von Kurzarbeitergeld besteht das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis in allen Zweigen der Sozialversicherung fort. Es liegt auch dann keine Versicherungsfreiheit wegen Geringfügigkeit der Beschäftigung vor, wenn durch die Kurzarbeit Arbeitszeit bzw. Arbeitsentgelt unterhalb der Geringfügigkeitsgrenzen liegen⁵³.

In der gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung unterliegen das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt und das fiktive (nicht ausgezahlte) Arbeitsentgelt der Beitragspflicht. Die Höhe dieser Beitragspflicht, die allein den Arbeitgeber trifft, bemisst sich nach 80% der Differenz zwischen den ungerundeten Werten des Brutto-Sollentgelts und des Brutto-Istentgelts und dem allgemeinen Beitragssatz der Versicherungen, in denen der Kurzarbeitergeldempfänger Mitglied ist. Dies ergibt sich für die Krankenversicherung aus §§ 232a Abs. 2, 249 Abs. 2 SGB V, für die Rentenversicherung aus §§ 163 Abs. 6, 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI und für die die Pflegeversicherung aus §§ 58 Abs. 1 Satz 2, 61 SGB XI.

Für den Beitrag zur Arbeitslosenversicherung gilt keine Sondervorschrift. Die Beiträge bestimmen sich hier nur nach dem tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt⁵⁴. Diejenigen Monate, in denen der Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhält, werden hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wie volle Arbeitsmonate gerechnet. Bei einer späteren Bemessung des Arbeitslosengelds werden die Zeiten des Kurzarbeitergeldbezugs nicht berücksichtigt.

Aufgrund der Änderungen durch das Konjunkturpaket II kann der Arbeitgeber seit dem 1. 2. 2009 beantragen, dass ihm 50% der von ihm zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge in pauschalierter Form erstattet werden.

Unterstützt der Arbeitgeber Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezugs des Kurzarbeitergelds, können Sozialversicherungsbeiträge sogar in voller Höhe erstattet werden. Die Quali-

fizierungsmaßnahmen müssen dabei berufliche Fähigkeiten und Kenntnisse der betroffenen Arbeitnehmer erweitern, eine Anpassung an die technische Entwicklung zum Ziel haben, einen beruflichen Aufstieg ermöglichen, einen beruflichen Abschluss vermitteln oder zu einer anderen beruflichen Tätigkeit befähigen. Maßnahme und Träger müssen nach der Anerkennungs- und Zulassungsverordnung Weiterbildung (AZWV) anerkannt sein. Eine Weiterbildung im eigenen Betrieb mit eigenem Personal kann jedoch dann stattfinden, wenn Qualität und zeitlicher Umfang mit Maßnahmen nach der AZWV vergleichbar sind. Die Agenturen für Arbeit verlangen in diesen Fällen die Vorlage eines konkreten Qualifizierungsplans. Ausgeschlossen sind dabei Maßnahmen, zu denen der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist (Erste Hilfe-Kurse, Gefahrgutschulung, etc.) sowie Qualifizierungen, die im alleinigen oder erkennbar überwiegenden Interesse des Unternehmens sind und von diesem – unabhängig von der Kurzarbeit – hätten durchgeführt werden müssen⁵⁵.

8. Steuerrechtliche Aspekte

Das Kurzarbeitergeld ist nicht lohnsteuerpflichtig. Es unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt, § 32b Abs. 1 Nr. 1a EStG. Das bedeutet, dass die (restlichen) steuerpflichtigen Einkünfte des Arbeitnehmers bei seiner Einkommensteueranmeldung dem Steuersatz unterworfen werden, der sich ergibt, wenn das Kurzarbeitergeld dem zu versteuernden Einkommen hinzuzurechnen wäre⁵⁶. Der Arbeitgeber hat daher das an den Arbeitnehmer gezahlte Kurzarbeitergeld in der Lohnsteuerbescheinigung zu bescheinigen, § 41b Abs. 1 Nr. 5 EStG.

V. Zusammenfassung

Die Einführung von Kurzarbeit stellt ein probates Mittel dar, als Arbeitgeber in Zeiten von Auftragsrückgängen besonnen zu reagieren und Krisenzeiten zumindest in einem gewissen Maße zu begegnen. Selbst in Fällen, in denen der Arbeitgeber hierfür auf die Zustimmung der Arbeitnehmer angewiesen ist, sollte diese Möglichkeit der Arbeitsplatzhaltung in Betracht gezogen werden. Gerade in kleineren und mittleren Unternehmen spüren die Arbeitnehmer die Auswirkungen einer schlechten wirtschaftlichen Lage meist unmittelbar, sodass ein gemeinsamer Entschluss zur Kurzarbeit als Überbrückungsmaßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

Allerdings ist die Beantragung von Kurzarbeitergeld mit einem nennenswerten bürokratischen Aufwand verbunden. Sollten daher nur einige Arbeitnehmer von der Einführung von Kurzarbeit betroffen sein, zeigt die Praxis, dass der daraus resultierende verwaltungstechnische Mehraufwand die Vorteile der Kurzarbeit erheblich minimiert. Im konkreten Fall sollten die Agenturen für Arbeit rechtzeitig angesprochen werden. Diese sind gehalten, Anfragen der Unternehmen kooperativ und auf unbürokratischem Weg zu bearbeiten und entsprechende Hilfeleistung zu leisten.

49... Abrufbar unter <http://www.arbeitsagentur.de>.

50... Rechnerischer Leistungssatz bei einem Bruttoarbeitsentgelt i. H. von 2.500 €, entnommen der „Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergelds“ der Bundesagentur für Arbeit.

51... Rechnerischer Leistungssatz bei einem Bruttoarbeitsentgelt i. H. von 1.500 €, entnommen der „Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergelds“ der Bundesagentur für Arbeit.

52... FAQ zur Kurzarbeit in Zeitarbeitsunternehmen abrufbar unter www.arbeitsagentur.de.

53... Voelzke, a.a.O. (Fn. 37), Rdn. 63.

54... Benner/Bals/Niemann, BB 2007 Special 2 S. 5 (16).

55... Bundesagentur für Arbeit, a.a.O. (Fn. 33), S. 29 f.

56... Huber/Seidel, in: Küttner, Personalbuch 2008, 15. Aufl., Kurzarbeit, Rdn. 27.